LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

Un fonds de commerce est un ensemble de biens et de droits meubles que le commerçant affecte à une exploitation commerciale en vu de satisfaire une clientèle. Le fonds commercial a deux caractères :

1) C'est avant tout une universalité de fait :

- universalité : car c'est un ensemble de biens qui ont chacun leur propre nature juridique et que le commerçant a rassemblé en vu d'exercer son activité. Le fonds commercial a certaines propriétés que les objets qui le composent ne possèdent pas seuls (comme par exemple la possibilité de faire l'objet d'un nantissement en garantie d'une créance).
- De fait : car le fonds commercial n'a pas de personnalité juridique propre, il fait partie du patrimoine du commerçant.

2) C'est également un bien meuble par détermination de la loi : Il ne peut donc pas être composé d'immeuble ou de droits immobiliers. Il ne peut donc pas non plus être soumis aux règles grevant ce type de biens comme par exemple la garantie hypothécaire ou les délais de prescription acquisitive (en droit immobilier, lorsqu'une personne s'occupe (dans certaines conditions) d'un bien pendant 30 ans, elle en est réputée propriétaire).

La loi du 17 mars 1909 énumère les divers éléments qui peuvent servir à constituer un fonds de commerce, cependant aucun texte n'en définit la composition. On distingue ainsi trois catégories d'éléments composant le fonds commercial : les éléments corporels (1), les éléments incorporels (2) et la clientèle (3).

- **Les éléments corporels**

On y trouve :

- Le matériel : ce sont les biens meubles qui servent durablement à l'exploitation. Cela peut être un élément essentiel du fonds suivant le type d'activité (exemple : les camions dans une société de transport). La loi distingue ici, le matériel, l'outillage et le mobilier commercial (meubles meublant qui garnissent le fonds). Le matériel a un caractère stable, il n'a pas vocation à être revendu.
- Les marchandises : elles ont vocation a quitter le fonds en l'état ou après transformation (elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'un nantissement) et constituent le stock.

- **Les éléments incorporels**

Il s'agit de :

- **L'enseigne et du nom commercial :** ces éléments servent à identifier le fonds vis à vis des tiers, le distinguant des magasins voisins et concurrents. Souvent, l'enseigne et le nom commercial se confondent l'un et l'autre. Il faut ici faire attention au nom choisi afin d'éviter toute action en concurrence déloyale, d'usurpation d'identité ou de confusion. Il est donc recommandé de vérifier auprès de l'INPI (Institut National de la Propriété Industrielle) que le nom choisi ne l'a pas déjà été par quelqu'un d'autre.
- **Le droit au bail :** cela suppose que le commerçant ne soit pas propriétaire du local où il exploite le fonds. C'est souvent un élément primordial mais il ne constitue pas à lui seul un fonds artisanal. Ainsi, la cession isolée d'un droit au bail n'obéit pas aux même règles que les cessions de fonds (hormis au niveau fiscal car si l'activité du cédant et du cessionnaire sont très proches, cela sera taxé de la même manière).
- **Les droits de propriété industrielle :** Il s'agit de marques, brevets, dessins et modèles. Ils assurent à leur titulaire un monopole d'exploitation pendant 6 ou 20 ans. Ces droits sont protégés par l'action en contrefaçon. La cession isolée de l'un de ces éléments fait l'objet d'une publication sur un registre national ou européen.
- **Les autres droits incorporels :** il s'agit des contrats de travail (afin d'assurer la stabilité des emplois, ils sont toujours cédés avec le fonds à charge pour l'acquéreur d'en faire son affaire personnelle de leur résiliation éventuelle), des abonnements divers, des licences d'autorisation (sauf si elles sont attachées à la personne même du commerçant).

- **La clientèle**

Il s'agit de l'ensemble des personnes qui s'approvisionnent régulièrement ou occasionnellement chez le commerçant. On distingue deux sortes de clientèle :

- **La clientèle** au sens pur, c'est à dire l'ensemble des personnes ayant l'habitude de se fournir chez le commerçant ou de solliciter ses services en raison de la qualité de ses produits ou de l'utilité de ses services.
- **Et l'achalandage**, c'est à dire les clients occasionnels. Il s'agit là de déterminer l'aptitude du fonds à recevoir des clients eut égard à sa position, son installation ou sa notoriété.

La jurisprudence nous indique que « *De tous les éléments du fonds, la clientèle est le plus essentiel, celui sans lequel le fonds ne saurait exister* » Ainsi, c'est un élément du fonds et non sa résultante. Par exemple, l'apport d'un fichier de clientèle est un apport de fonds de commerce en lui-même. (Cependant, selon un arrêt de 1988, une cession d'achalandage n'est pas une cession de fonds de commerce car c'est une clientèle hypothétique et non déterminée).

Il est ici important de préciser que la clientèle cédée doit être **réelle et certaine** : une clientèle future ne peut pas être prise en compte. Un fonds de commerce n'existe donc pas tant qu'il n'a pas été ouvert au public. De même si l'exploitant change d'activité, il change par là même de clientèle : il y a donc extinction du premier fonds et création d'un second.

La clientèle doit être également **personnelle** à l'exploitant : il ne s'agit pas de céder la clientèle d'une autre entreprise. La question se pose souvent lorsqu'il s'agit de cession de commerce représentant une « antenne » d'un autre magasin.